

PROCESSO - A. I. Nº 210765.0750/19-0
RECORRENTE - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0170-03/20-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/06/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0143-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A opção do contribuinte em levar a discussão para a esfera judicial implica em desistência da defesa ou recurso interposto, esgotando a instância administrativa, em relação à matéria discutida na esfera administrativa. Consequentemente, considera-se prejudicado o recurso, com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto(s) em face do Acórdão nº 0170-03/20-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 05/12/2019 no valor histórico de R\$ 106.965,19, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que a Autuante ao capitular as infrações, sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está impedindo que apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar por algo indevido. Disse que o auto de infração encerra em si, flagrante cerceamento de defesa, visto que não há descrição clara dos fatos que configuraram a infração, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender as previsões do RPAF/99.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, observo que tais alegações não procedem, e não podem prosperar por falta de suporte fático ou jurídico. Constatado que os elementos necessários ao atendimento das formalidades previstas no art. 39 do RPAF/99, para validade do lançamento de ofício se encontram neste processo.

Verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação do documento pertinente, demonstrativo de débito, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes a irregularidade imputada. Portanto, não acato a nulidade suscitada, pois o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano a solicitação de revisão efetuada por fiscal estranho ao feito, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação. Observo que a realização de diligência, presta-se a esclarecer dúvida porventura existente, sobre os fatos que resultaram na lide, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz a mesma necessária, a teor do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, a realização de diligência pode ser dispensada.

No mérito, versa o presente Auto de Infração sobre a exigência de crédito tributário, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. (Infração 54.05.08).

Compulsando os autos, verifico que a fiscalização fazendária flagrou o veículo de placa policial NUD-0088/PR transportando mercadorias (produtos de beleza). Tais mercadorias procedentes do Estado do Paraná, estavam destinadas para comercialização a contribuinte neste Estado da Bahia, no caso, o Autuado. Considerando que o sujeito passivo não se encontrava credenciado no Cadastro da SEFAZ (benefício fiscal para realizar o recolhimento do imposto, após a entrada da mercadoria em seu estabelecimento) deveria portar o DAE, comprovando recolhimento do ICMS Antecipação Parcial na fronteira ou antes de adentrar ao território baiano. Tudo devidamente registrado no presente PAF: os dados do contribuinte e da lavratura, a descrição dos fatos, os dados do transportador, a infração, cópia dos DANF 210552 e 210548 fls.07/12, o Termo de Apreensão nº 210765.1063/19-6 fls.04/05.

A matéria encontra-se estabelecida, no art.332, inciso III, alínea “b” do RICMS/Ba, que para melhor esclarecimento reproduzo, in verbis:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Da leitura do dispositivo regulamentar transcrito, dúvidas não há, que o momento da ocorrência do fato gerador do imposto, se deu na entrada da fronteira do território baiano. Para exato cumprimento da obrigação tributária, o contribuinte ao adentrar no Estado da Bahia, deveria dar trânsito às mercadorias com o DAE de recolhimento do ICMS antecipação parcial pago, o que não ocorreu e por isso foi autuado.

O defendente apresentou entendimento, de que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não seria meio hábil à cobrança do imposto por antecipação parcial. Alegou que a legislação tributária baiana, se utiliza deste procedimento como sanção política aplicada para fins de obrigar o contribuinte a promover recolhimento de tributo. Argumenta que estes poderes conferidos ao Estado, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, já que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos.

No que concerne à arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual, por entender o impugnante que a exigência do ICMS aqui discutido, não tem amparo legal, observo que em conformidade com o disposto no artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Importante salientar, que o ICMS antecipação parcial está previsto em lei. O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Sobre a arguição de excesso e confiscatoriedade da penalidade aplicada, observo que a multa aplicada está em absoluta consonância com a hipótese de incidência para a irregularidade flagrante, alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

O defendente pediu que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF sejam direcionadas aos advogados, no endereço indicado nas razões de defesa. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Assim, concluo que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, argui a nulidade da autuação por entender que não há descrição clara dos fatos que configuraram as infrações, discorrendo sobre os vícios formais e materiais no lançamento tributário para defender que houve vício substancial que contamina irremediavelmente a autuação.

Sustenta a inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, destacando que o auto foi lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, em razão do descredenciamento da recorrente, o que não se revela, por si só, como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, funcionando a apreensão como sanção política para obrigar o contribuinte a recolher o tributo, notadamente por não haver encerramento da tributação da mercadoria na antecipação parcial, embora o fisco disponha de meios menos gravosos para perseguir a receita tributária.

Defende ainda o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, no percentual de 60%, por violar o princípio da vedação ao confisco porque mesmo que as supostas infrações fossem verdadeiras não justificariam a multa extorsiva exigida nesses autos, haja vista que a penalidade tem a função de sancionar o contribuinte pelo descumprimento de determinada obrigação e não de efetuar a recomposição do erário, que ocorre pela exigência do tributo.

Encerra pedindo que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido.

Os autos foram retirados de pauta por orientação do I. Presidente do CONSEF, tendo em vista a decisão do STF no julgamento da ADI 4.233.

Em seguida, a recorrente atravessou petição noticiando a proposição da Ação Ordinária nº 8000351-52.2021.8.05.0237 para discutir a cobrança veiculada por diversos Autos de Infração, inclusive o que é objeto do presente PAF, colacionando cópia da petição inicial, da decisão que deferiu a tutela de urgência pleiteada e da manifestação da PGE/BA na ação judicial.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 24/05/2023.

VOTO

Conforme relatado, a recorrente escolheu a via judicial para discussão da matéria controvertida no presente PAF, o que prejudica a sua defesa ou recurso, considerando-se esgotada a instância administrativa, nos termos da legislação vigente, conforme dispositivos abaixo transcritos:

Lei nº 3.956/1981 – Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB)

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Decreto nº 7.269/1999 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF)

Art. 27. Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

...

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Observe-se que, diante da expressa previsão legal de esgotamento da instância administrativa, não remanesce interesse recursal sequer quanto às questões preliminares e/ou prejudiciais de mérito atinentes à matéria aqui discutida, já que se esvai a competência de julgamento deste CONSEF, salvo para eventuais questões que possam ser conhecidas de ofício, o que não é o caso destes autos, de modo que o recurso deve ser considerado prejudicado, com a consequente remessa ao controle

da legalidade, conforme art. 126 do COTEB.

Diante do exposto, considero **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário, em razão da escolha da via judicial e, por consequência, esgotada a via administrativa, mantendo-se a decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário interposto referente ao Auto de Infração nº 210765.0750/19-0, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**, no valor de R\$106.965,19, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo ser cientificado desta decisão e encaminhar os autos ao setor competente com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS